

PD Dr. Mario Martini*

Auch im Internet in der ersten Reihe?

Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Spannungsfeld zwischen Funktionsauftrag und europäischem Wirtschaftsrecht

„Einen wesentlichen Baustein in der Modernisierung der Medienordnung“ zu setzen¹, haben sich die Länder vorgenommen. Ihr Anspruch ist es, mit einer Änderung des Rundfunkstaatsvertrages die Wirkungssphären der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der Presse im digitalen Zeitalter sachgerecht voneinander abzuschichten. Welche verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Klippen es dabei zu umschiffen gilt, arbeitet der Beitrag in einer Tour d’Horizon heraus und nimmt eine erste Bewertung des Vertragsentwurfs vor, den die Ministerpräsidenten jüngst beschlossen haben.

I. Die Medienordnung in Zeiten des Internets

Die Medienordnung befindet sich im Umbruch. Noch ist es gar nicht so lange her, da waren die Betätigungsfelder von Presse und Fernsehen klar abgesteckt: Die Verlage waren für die gedruckte Information am Frühstückstisch zuständig, die Rundfunkanstalten versammelten die Familie am Abend auf dem Sofa. Die von Raum und Zeit entgrenzte Welt des Internets löst das bestehende Ordnungsgefüge auf². Sie verschmilzt Text, Bild und Video zu einem völlig neuen Amalgam. Es etabliert sich ein Informations- und Kommunikationssystem weltweit verfügbarer Inhalte, das sich der Zuordnung zu einem der klassischen Medien Presse und Fernsehen zu entziehen scheint³. Wo früher Presse und Rundfunk auf unterschiedlichen Ebenen ihr Heil suchten, prallen sie nun im Internet als direkte Konkurrenten – nur einen Mausklick voneinander entfernt – unmittelbar aufeinander und ringen mit vergleichbaren Angeboten um die Aufmerksamkeit der Nutzer.

Dabei kämpfen sie durchaus nicht mit gleichen Waffen: Die öffentlich-rechtlichen Sender finanzieren ihr Angebot risikofrei aus Gebühren, die Verlage aus Werbe- und

* *Mario Martini* ist Privatdozent an der Bucerius Law School, Hamburg. Z. Zt. vertritt er einen Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht an der LMU München.

¹ Ministerpräsident *Beck*, Presseerklärung vom 29.10.2008, abrufbar unter www.rlp.de (12.11.2008).

² Vgl. zur raumzeitlichen Struktur des Internets *Stegbauer*, APuZ 39/2008, 3 ff.

³ Mit dem Fernsehen ist dem Internet – insbesondere durch Einflechtung von Videos – die Authentizität gemeinsam, ist dabei aber regelmäßig nicht wie dieses an ein lineares Programmschema und nicht wie die Presse an periodischen Druck gebunden, sondern kann aktuelle Inhalte ereignisbezogen und zeitnah fortschreiben.

Verkaufseinnahmen, die erst erwirtschaftet werden müssen. Die Verleger fürchten sich daher vor der Bugwelle, die die öffentlich-rechtlichen Tanker im Netz auslösen. Es überrascht nicht, dass sie deren Wirken digitale Sperren angelegt sehen wollen. Ihnen erscheinen die öffentlich-rechtlichen als staatlich subventionierte Fremdkörper, die den wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb verzerren.

Für ARD und ZDF dagegen ist der Zugriff auf das Internet ein selbstverständlicher Bestandteil ihrer Aufgabenwahrnehmung. Es ist der Ort des Anschlusses an die digitale Welt und des Zugangs zu den jungen Zuschauern: Die 14- bis 19-Jährigen fehlen zusehends auf dem Fernsehsofa. Das Durchschnittsalter der Zuschauer von ARD und ZDF liegt bei etwa 60 Jahren. Fernsehen sei das einzige Schlafmittel, das mit den Augen eingenommen werden kann, kommentieren Spötter. Sind die jüngeren Zielgruppen schwerer erreichbar, erscheint es nachvollziehbar, ihnen ins Netz zu folgen. »Wer nicht im Netz ist, hat keine Zukunft«⁴, lautet der Schlachtruf der Öffentlich-Rechtlichen im Kampf um die Vorherrschaft im Internet. Was dürfen ARD und ZDF im Internet? Dürfen sie sich dort insbesondere – wie in jüngerer Zeit begonnen – mit neuen umfänglichen Online-Mediatheken zum jederzeitigen kostenfreien Abruf ausbreiten, Ratgeberportale und Online-Portale, die den Internetauftritten der Zeitungen sehr ähneln, kostenlos zur Verfügung stellen? Darum ist eine intensive Diskussion entbrannt. Der martialische Ton, in der die Auseinandersetzung geführt wurde, ließ bisweilen glauben, der Bestand des Abendlandes stünde auf dem Spiel. Der Konkurrenzkampf mit den Verlegern ist nicht gänzlich neu: Als ARD und ZDF 1977 Videotext einführten, ging die Printbranche schon einmal in Frontstellung. Sie fürchtete um den Verlust vieler Leser. Das ist nicht geschehen. Beim Internet geht es vermutlich aber um viel mehr. Es geht um die Aufstellung der Schlachtordnung für das Internet des 21. Jahrhunderts – die Vorstrukturierung einer neuen Epoche im digitalen Zeitalter. Und um die Grundfrage: Wie viel freien Markt, wie viel gesellschaftliche Intervention braucht der Rundfunk?

Dabei ist nicht alleine eine *politische* Wegentscheidung zu treffen. Vor allem ist ein *juristischer* Drahtseilakt zu bewältigen - ein Drahtseilakt auf einem zwischen Brüssel und Karlsruhe gespannten Hochseil. Seine Spannung bezieht dieses Seil aus der publizistisch-ökonomischen Doppelnatur des Rundfunks. Sie provoziert eine Konfrontation zwischen öffentlich-rechtlichem Programmauftrag und europäischem Wettbewerbsrecht. Sie ist der

⁴ ZDF-Intendant *Markus Schächter*, Rede anlässlich der 41. Mainzer Tage der Fernsehkritik am 31.3.2008 sowie *ders.*, Die ZEIT vom 6.12.2007, S. 42.

Anlass dafür, dass der bestehende Rundfunkstaatsvertrag, der den Anstalten bislang programmbegleitende Telemedienangebote gestattet⁵, auf dem Prüfstand steht. Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag soll einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen erzielen.

Der Beitrag zeichnet die mühevollen Suche nach einer Schlichtungsformel nach und beteiligt sich an ihr. Dazu durchleuchtet er zunächst den Rundfunkmarkt mit der Brille der Ökonomik auf seine Besonderheiten. Das legt den Blick frei auf die Wurzeln verfassungsrechtlicher Rechtfertigung und Grenzen öffentlich-rechtlichen Wirkens im Internet (unten II.). Ihm soll der Entfaltungsrahmen des europäischen Wettbewerbsrechts und der Pressefreiheit der Konkurrenten gegenübergehalten werden (unten III.). Auf dieser Grundlage wird eine kritische verfassungsrechtliche Analyse des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages und eine Ableitung rechtspolitischer Desiderate möglich (unten IV.).

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen von Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

Wer über das Wirken der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Internet sinniert, muss sich seiner Rechtfertigung vergewissern: Sie fußt auf der verfassungsrechtlichen Sonderrolle des Rundfunks. Diese ruht im Kern auf ökonomischen Besonderheiten des Medienmarktes. Der Medienmarkt ist kein Markt wie jeder andere. Denn Medien sind kein Produkt wie jedes andere.

1. Der Vielfaltsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im klassischen Rundfunk und seine medienökonomischen Hintergründe

Medien sind ein Instrument zur Verbreitung von Information. Sie bieten der Gesellschaft Orientierungswissen über die Realität. Informationen weisen wichtige Merkmale öffentlicher Güter im Sinne der ökonomischen Theorie⁶ auf: Sie verbrauchen sich nicht durch Konsum, lassen sich insbesondere ohne größere Kosten beliebig oft vervielfältigen. Die Fixkosten der Erstproduktion namentlich im Rundfunk sind hoch, die Grenzkosten zusätzlicher Nutzer hingegen nahe Null. Mit steigender Zahl der Abnehmer sinken daher die individuellen

⁵ § 11 Abs. 1 S. 2 RStV. Vgl. dazu ausführlich etwa Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2008, S. 373 ff. Aufgrund einer Selbstverpflichtung der Anstalten sind die Ausgaben für Online-Angebote auf 0,75 % des Budgets gedeckelt.

⁶ Öffentliche Güter sind danach dadurch gekennzeichnet, dass Nutzungswillige (sei es aus technischen, sei es aus politischen Gründen) von der Nutzung des Gutes nicht ausgeschlossen werden können (*Fehlen von Ausschließbarkeit*) und zusätzliche Nutzer das Nutzenniveau der bisherigen Nutzer grundsätzlich nicht beeinträchtigen (*Fehlen von Rivalität*). Vgl. dazu etwa Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 14 (mit Fn. 91) m.w.N.

Stückkosten der Produktion. Für etablierte Anbieter ergeben sich daraus Skalen- und Verbundvorteile⁷. Sie setzen sich im Wettbewerb der Meinungen tendenziell leichter durch. Diese ökonomischen Rahmenbedingungen sind ein Treibriemen für Konzentrations- und Verflechtungsprozesse im Rundfunkmarkt: Die Kostendegression löst für die Anbieter einen Anreiz aus, vorrangig nach massenattraktiven Sendeformen zu suchen. Bedacht und repräsentiert werden dann vorzugsweise diejenigen Gruppen, die für einen großen Werbemarkt interessant sind und sich durch hohe Zahlungsbereitschaft auszeichnen⁸. Darunter leiden die Ausgewogenheit der Meinungsrichtungen und die publizistische Vielfalt⁹. Quote statt Qualität kann zum handlungsleitenden Motiv werden. Die Gefahr eines Qualitätsdefizits wird verstärkt durch ein weiteres ökonomisches Datum: Medienprodukte sind Vertrauensgüter. Sie werden in einer Informationsasymmetrie zwischen Kunde und Anbieter geboren; der Anbieter ist wesentlich besser über die Qualität und Seriosität seiner Leistung und die Kriterien des Selektionsprozesses informiert als der Kunde¹⁰. Bei solchen Informationsasymmetrien droht, wie der Nobelpreisträger *Akerlof* mit seinem Zitronenprinzip (am einfachen Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes) nachweisen konnte, ein Marktversagen, namentlich eine Abwärtsspirale in der Produktqualität¹¹. Massenmedien stehen in der Gefahr, weniger um qualitativ hochwertige Inhalte als um das knappe Gut Aufmerksamkeit des Kunden zu konkurrieren. Das begründet eine Tendenz zur Bevorzugung des Sensationellen und zur Boulevardisierung.

⁷ Verbundvorteile (*economies of scope*) sind dadurch gekennzeichnet, dass das Herstellen und Anbieten von mindestens zwei verschiedenen Produkten zu Kostensenkungen führt, wie zum Beispiel der Verbund der Energieerzeugung mit dem Betrieb eines Infrastrukturnetzes in der Energiewirtschaft.

⁸ Vgl. dazu auch *Sjurts*, Einfalt trotz Vielfalt in den Medienmärkten, in: Friedrichsen/Seufert (Hrsg.), *Effiziente Medienregulierung*, 2004, S. 71 (77 ff.).

⁹ Vgl. bereits BVerfGE 73, 118 (156). „Sendungen, die nur für eine geringere Zahl von Teilnehmern von Interesse sind und die oft - wie namentlich anspruchsvolle kulturelle Sendungen - einen hohen Kostenaufwand erfordern, werden in der Regel zurücktreten, wenn nicht gänzlich fehlen, obwohl erst mit ihnen die ganze Breite umfassender Information zu erreichen ist, ohne die es keine »Meinungsbildung« im Sinne der Garantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geben kann.“ [...] „Des weiteren wird die Gleichgewichtigkeit (»Ausgewogenheit«), in welcher die Vielfalt der bestehenden Meinungsrichtungen im Gesamtprogrammangebot eines Landes zur Darstellung zu bringen ist [...] (vgl. BVerfGE 57, 295 [323 f.]) infolge der dargelegten Entwicklungen in erhöhtem Maße gewissen unvermeidlichen Schwankungen, möglicherweise auch Störungen unterliegen.“

¹⁰ Vgl. dazu etwa *Heinrich*, *Medienökonomie*, Bd. 2, 2002, S. 39 ff.

¹¹ Da Interessenten die Qualität ex ante regelmäßig nicht beurteilen können, orientieren sie sich in ihrer Zahlungsbereitschaft an der durchschnittlich vorhandenen Qualität. Auch gute Produkte erlösen dann nur den durchschnittlichen, nicht aber den an sich angemessenen überdurchschnittlichen Preis; bei schlechten Produkten verhält es sich umgekehrt. Sie erzielen bei Qualitätsunsicherheit trotz unterdurchschnittlicher Qualität einen durchschnittlichen Preis. Das begründet für die Anbieter einen starken Anreiz, Produkte vorzugsweise minderer Qualität auf dem Markt anzubieten. Es kommt zu einer adversen Selektion: Die Qualitätsunsicherheit, unter der die Akteure am Gebrauchtwagenmarkt ihre Entscheidungen treffen, führt, wenn keine Korrekturmechanismen wirksam werden, dazu, dass die Nachfrage nach guten Produkten nicht befriedigt wird. Vgl. *Akerlof*, *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), 488 ff.

Für einen von einem strengen methodologischen und normativen Individualismus¹² ausgehenden Ökonomen erscheint dies hinnehmbar¹³. Für ihn sind die individuellen Präferenzen der Gesellschaftsmitglieder der ausschließliche Maßstab für staatliches Wirken. Ausgeblendet bleiben dabei indes die externen Effekte¹⁴ hochqualitativer Medien für die Gesellschaft: Eine Demokratie ist auf informierte und urteilsfähige Bürger angewiesen. Dazu werden Informationen benötigt, die den Menschen Beurteilungshilfen und Wertorientierungen an die Hand geben. Medien sind die bellenden Wachhunde der Demokratie¹⁵. Die Veranstaltung von Rundfunk ist nicht nur eine privatwirtschaftliche Tätigkeit. Die Rundfunkanstalten erfüllen als »Medium« und Faktor¹⁶ des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung eine integrierende Funktion für das Staatsganze. Der private Nutzen der Medienproduktion unterscheidet sich mit anderen Worten von ihrem gesellschaftlichen Nutzen. Diese Differenz, die erwünschten externen Effekte, bringt der Markt nicht aus sich selbst hervor. Sie gehen nicht hinreichend in die Präferenzentscheidungen der Bürger ein. Qualitätsdefiziten im Rundfunkbereich wohnt umgekehrt ein besonderes Gefahrenpotenzial inne. Es folgt insbesondere aus der Suggestivkraft des Mediums. Die Verbindung von Wort und Bild verleiht den Anschein hoher Authentizität der gelieferten Information. Die Suggestivkraft und Breitenwirkung ermöglicht die Beeinflussung großer Bevölkerungsteile¹⁷.

Das rechtfertigt und erfordert es, abweichend von dem Gedanken der Konsumentensouveränität regulierend in das Marktgeschehen einzugreifen. Die Ökonomik spricht im Anschluss an *Musgrave* von meritorischen Gütern¹⁸. Dem verfassungsrechtlichen

¹² Vgl. zu den gesellschaftspolitischen Ideen des methodologischen und normativen Individualismus *Martini* (Fn. 6), S. 156 f.

¹³ Schließlich zeichnen sich auch zahlreiche andere Märkte durch die Eigenschaften der Informationsasymmetrie, der Qualitätsunsicherheit und der Nichttrivialität im Konsum aus.

¹⁴ Vgl. zu Begriff und Bedeutung der externen Effekte in der Medienökonomie etwa *Heinrich* (Fn. 10), S. 34 f.; *Schulz/Held/Kops*, ZUM Sonderheft 2001, 621 (630); *Kantzenbach*, Zur Anwendung des Kartellgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Rundfunk im Wettbewerbsrecht*, 1988, S. 78 (83); *Kruse*, Publizistische Vielfalt und Effizienz durch den Markt oder durch staatliche Regulierung?, in: Friedrichsen/Seufert (Hrsg.), *Effiziente Medienregulierung*, 2004, S. 111 (121 f.); *Radke/Bergh*, *Neue politische Ökonomie und Medienregulierung*, *ibid.*, S. 139 (142).

¹⁵ Vgl. EGMR, NJW 2004, 2647 Rdnr. 63 – Caroline von Monaco – im Anschluss an einen Aphorismus von *Ephraim Kishon*.

¹⁶ Vgl. auch § 11 S. 1 RStV; § 4 S. 1 NDR-StV; BVerfGE 12, 205 (206); BVerfGE 83, 238 (296).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 31, 314 (325); BVerfGE 90, 60 (87); BVerfGE 97, 228 (256); BVerfGE 103, 44 (74); BVerfGE 114, 371 (387); BVerfG, NVwZ 2007, 1287 (1288 f.); vgl. auch EGMR, EuGRZ 2003, 488 (491) – Demuth/Schweiz; st. Rspr.

¹⁸ Vgl. *Musgrave*, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, 1959, S. 14 ff.; vgl. dazu auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 348; *Fehling*, AöR 121 (1996), 87 f.; *Tomuschat*, *Der Staat* 12 (1973), 433 (437 f.); *Kruse* (Fn. 14), 111 (122 ff.); *Heinrich* (Fn. 10), S. 41 ff.; *Kühne*, *Öffentliche Güter*,

Auftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entspricht es, einen Rundfunk zu gewährleisten, in dem die Vielfalt der Meinungen unverkürzt abgebildet wird. Der Rundfunkfreiheit kommt jedenfalls in der (zunehmend hinterfragten und vor dem Hintergrund der freiheitsrechtlichen Konzeption des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG durchaus nicht unangreifbaren) Lesart des Bundesverfassungsgerichts insoweit in dem Prozess demokratischer Willensbildung eine dienende Funktion zu¹⁹. Der Gesetzgeber dürfe sie nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen²⁰. Er habe den Gefahren vorherrschender Meinungsmacht sowie struktureller Marktdefizite und damit den Gefahren einer Indienstnahme des Rundfunks für politische oder ökonomische Zwecke durch die Ausgestaltung einer positiven Rundfunkordnung mit materiellen, organisatorischen und prozeduralen Sicherungen in einer Weise entgegenzuwirken, die die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite zum Ausdruck kommen lässt²¹. Als Treuhänder und Garant einer solchen Kommunikationsordnung ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf den Posten gestellt.

In seiner gemeinwirtschaftlichen Finanzierung kann er seine Programmentscheidungen alleine nach publizistischen Kriterien ausrichten. Er generiert eine publizistische Alternative, die Wettbewerb um die beste Qualität induziert. Die öffentlich-rechtliche Konkurrenz wirkt sich in ihrer maßstabsbildenden Funktion dabei anregend und belebend auf das inländische Gesamtangebot aus. Sie stärkt und erweitert die Meinungsvielfalt als Lebensader der Demokratie. Wie in einem System kommunizierender Röhren gleichen privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunk ihre jeweiligen Schwächen in einem Konzept struktureller Diversifizierung²² aus.

2. Vielfaltsauftrag auch im Internet? Zu den Spezifika der Internetökonomie

Bedarf es dieser Leuchtturmfunktion der öffentlich-rechtlichen Anstalten als Gegengewicht aber auch im Internet? Meritorische Leistungen sind kein Selbstzweck. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für einen Grundversorgungsauftrag lässt sich nur dort

meritorische Güter und Klubtheorie, in: Oetle (Hrsg.), Öffentliche Güter und öffentliche Unternehmen 1984, S. 117 ff.

¹⁹ Vgl. etwa BVerfGE 57, 295 (320).

²⁰ BVerfGE 31, 314 (325); BVerfGE 57, 295 (323); BVerfG, NJW 1991, 899 (905); BVerfGE 97, 228 (266 f.).

²¹ Vgl. etwa BVerfGE 57, 295 (323); BVerfGE 73, 118 (160); BVerfGE 95, 163 (172).

²² Hoffmann-Riem, Erosionen des Rundfunkrechts, 1990, S. 38 f.; ders., Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 67 ff.; Stock, Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht im dualen Rundfunksystem, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rundfunk im Wettbewerbsrecht, 1988, S. 35 (49).

finden, wo eine gleichgewichtige Meinungsvielfalt durch das verfügbare Angebot nicht sichergestellt ist²³.

An Vielfalt scheint es in dem bunten Potpourri der Ideen, der globalen Datenbank des Cyberspace, wahrlich nicht zu mangeln. Es versteht sich als Paradigma eines funktionierenden außenpluralistischen Modells²⁴. Anders als klassischer Rundfunk zeichnet sich das Internet grundsätzlich durch niedrige technische und finanzielle Marktzutrittschürden aus²⁵. Jeder kann zu erschwinglichen Preisen Inhalte bereitstellen und sich damit am öffentlichen Meinungskampf beteiligen. Namentlich das Web 2.0 als neue kollaborative Generation des Internets ermöglicht die selbst organisierte Interaktion und Kommunikation der Nutzerinnen und Nutzer durch Herstellung, Tausch und Weiterverarbeitung nutzerbasierter Inhalte über Wikis, Weblogs, Videoportale und Soziale Online-Netzwerke (wie youtube, myspace oder facebook), ferner sog. Politcommunitys, wie Politik-digital oder democracy online today (dol2day.com). Es ebnet den Weg zur demokratischen Teilhabe am Kommunikationsprozess unabhängig von institutioneller Einbindung, Zahlungskraft und Programmierkenntnissen. In dem kreativen Chaos des Internets wirkt jeder Einzelne als Teil eines Netzwerkes an einem kollektiven Gestaltungs- und Willensbildungsprozess mit, der eine neue Form gesellschaftlicher Interaktion generiert. Die klassische Rollentrennung zwischen Informationsanbietern und reinen Informationsnutzern erodiert. Das Internet scheint zum schlagkräftigen demokratischen Mitwirkungsinstrument, gleichsam einer virtuellen Agora athenischen Zuschnitts, zu werden, die dem Habermasschen Idealbild des herrschaftsfreien Diskurses nahe kommt. Sein Meinungsmarkt ist stark fragmentiert²⁶. Die Dienste werden nicht linear entlang eines vorgegebenen Sendeplans, sondern in verlinkten Ebenen zur individuellen präferenzgebunden Auswahl angeboten. Das reduziert das rundfunkspezifische Gefahrenpotenzial der Breitenwirkung. Mit seinen niedrigen Transaktionskosten²⁷ bildet das Internet einen bestreitbaren Markt²⁸, der grundsätzlich

²³ Vgl. BVerfGE 83, 238 (299); pointiert *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335 (339).

²⁴ *Degenhart*, AfP-Sonderheft 2007, 24 (29 f.); *Kühling*, DVBl. 2008, 1098 (1104 f.); *Müller-Terpitz* (Fn. 23), 335 (340).

²⁵ Das Ausmaß der Marktzutrittschürden ist nach klassischem ökonomischem Modell der entscheidende Gradmesser für die Funktionsfähigkeit des Marktes. Ein Markt, der sich durch niedrige Marktzutrittschürden auszeichnet (sog. contestable market), erzielt die Allokationsfunktion des Marktes und maximalen Wettbewerb in paradigmatischer Weise.

²⁶ *Müller-Terpitz* (Fn. 23), 335 (340).

²⁷ Vgl. zum Begriff der Transaktionskosten und ihrem Bedeutungsgehalt *Coase*, Journal of Law & Economics 3 (1960), 1 (15).

²⁸ Vgl. zum ökonomischen Konzept der „contestable markets“ als Lackmustest der staatlichen Regulierungsbedürftigkeit von Märkten etwa *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2. Aufl. 2005, S. 95 ff.

vergleichsweise leicht angegriffen werden kann. Auch Nischenmärkte, die im klassischen Medienmarkt keinen Bestand hätten, haben hier eine Entwicklungschance – ein Befund, der sich in der Internet-Ökonomie auch unter dem Begriff des Long-tail-Phänomens einen Namen gemacht hat²⁹. Die Wahrscheinlichkeit, dass die unterschiedlichen gesellschaftlichen Meinungen und Themen im Internet in ihrer vollen Breite abgebildet werden, ist im Vergleich zum Rundfunksektor deutlich erhöht³⁰. Es weist nicht das gleiche strukturelle Mangelszenario auf wie klassischer Rundfunk.

Einige der erwähnten strukturellen Defizite des Medienmarktes finden sich in der Internetökonomie freilich in unverminderter Intensität wieder³¹: Auch hier stellen sich als Folge der netzbedingten Kostendegression Größen- und Verbundvorteile ein, die Konzentrationstendenzen begünstigen. Ihre Bedeutung nimmt im Vergleich zum klassischen Rundfunk – gerade für Vermittlungsleistungen³², etwa die Dienste von Suchmaschinen, Beratungs- und Bewerbungsportalen – sogar weiter zu. Crossmediales Marketing bietet die Chance einer multimedialen Wertschöpfungs- und Vermarktungskette, mit der sich die Vorteile der Mehrfachverwertung und die Gefahr der Marktkonzentration verbinden. Im Internet lässt sich nicht von ungefähr ein Prozess horizontaler und vertikaler Verflechtung beobachten. Auch hier wirkt die Funktionslogik des Marktes auf den Selektionsprozess der Informationen nicht minder als im klassischen Rundfunk ein. Auch im Internet entscheidet die Attraktivität des Kunden für den Werbemarkt über das zur Verfügung gestellte Angebot mit. Für kommerzielle Anbieter sind redaktionelle Angebote vorrangig das Mittel zum Zweck der Erzeugung von Publizität. Ökonomische Rationalität, namentlich Click-Raten und Page Views, nicht das Interesse an publizistischer Qualität bestimmt zuvörderst das inhaltliche Angebot³³. Nicht zuletzt die Schnelligkeit, in der Informationen im Internet zur Verfügung gestellt und von den Nutzern erwartet werden, lädt zu nachlassender Qualität

²⁹ Vgl. *Anderson*, *The Long Tail*, 2007; dazu *Dierking/Möller*, MMR 2007, 426 ff. Deutlich wird dies etwa an spartenspezifischen Streaming-Angeboten, Video-Communities, wie Sevenload, oder Musikdownloadportalen, die im klassischen Offline-Markt nicht oder nur eingeschränkt angebotene Produkte erfolgreich einer Marktgängigkeit zugeführt haben.

³⁰ *Brenner*, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 2000, S. 238 f.; *Müller-Terpitz* (Fn. 23), 335 (340).

³¹ Vgl. zu den Spezifika der Internetökonomie allgemein *J. Becker*, Wettbewerb in der Internetökonomie, 2003; *Grob/vom Brocke*, Internetökonomie, 2006; *Hagenhoff*, Internetökonomie der Medienbranche, 2006; *Zerdick*, Die Internet-Ökonomie, 3. Aufl. 2001.

³² Vermittlungsleistungen beschreiben solche Internet-Dienstleistungen, die in dem großen Internet-Angebot durch Such- und Auswahlfunktionen eine Brücke zwischen dem Informationssuchenden und dem Informationsanbieter schlagen.

³³ Vgl. zu Erscheinungsformen und Auswüchsen dieses Tatbestandes etwa *Niggemeier*, FAS vom 13.7.2008, S. 31.

journalistischer Arbeit, etwa kritikloser Übernahme von Presseerklärungen und einer Vermengung von redaktionellen Inhalten mit public-relation-Angeboten, ein. Die Authentizität und Suggestivkraft der Darstellung ist dabei – insbesondere aufgrund der Verflechtung von Bild- und Tonelementen – derjenigen der klassischen Rundfunkübertragung durchaus vergleichbar. Die Vertrauenswürdigkeit, Seriosität und das Ausmaß ökonomischer Beeinflussung zur Verfügung gestellter Informationen bleiben dem Nutzer im Internet ebenso wie im klassischem Rundfunk weithin verborgen und lösen das Bedürfnis nach Orientierungssicherheit und unbeeinflusster Informationsvermittlung aus. Insofern kann auch im Internet als Annex ein – wenn auch im Verhältnis zum klassischen Rundfunk deutlich abgeschwächter – Bedarf für ergänzende Orientierungs- und Informationsangebote nachgewiesen werden, der durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk befriedigt werden kann. Das gilt insbesondere für die Zielgruppe der 14- bis 19-Jährigen, die nur noch halb so viel Zeit vor dem Fernseher wie der Durchschnitt der Bundesbürger verbringen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk darf jedenfalls in seiner Entwicklung nicht von einer Präsenz im Internet vollends abgeschnitten werden. Er muss offen bleiben für neuartige Gestaltungsformen, in denen sich der verfassungsrechtliche Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks manifestiert³⁴. Die Bestands- und Entwicklungsgarantie³⁵ umschließt auch neue technische Verbreitungsformen im Internet, die an die Stelle klassischer Übertragung treten. Jedenfalls das Streaming von Rundfunksendungen im Internet³⁶ sowie sendungsbezogene Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten können auf eine verfassungsrechtliche Umhegung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verweisen.

III. Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts

Publizistische Vielfalt, wie sie als Desiderat aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG herauszulesen ist, hat ihren Preis. Deutschland leistet sich den teuersten öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Welt. Indem es ihn mit Finanzmitteln für Online-Aktivitäten ausstattet, baut das deutsche Rundfunkverfassungsrecht ein Spannungsverhältnis zum europäischen Wettbewerbsrecht auf.

³⁴ Vgl. BVerfGE 74, 297 (350 f.); BVerfGE 83, 238 (299, 302 f.); zuletzt BVerfG, NJW 2008, 1287 (1289).

³⁵ BVerfGE 73, 118 (158); 85, 238 (298); dazu etwa *Degenhart*, in: BK, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rdnr. 778 ff.; *Thum*, AfP 2006, 522 (525 ff.).

³⁶ Hier gilt der Grundsatz: Ein Medium verliert nicht dadurch seine Identität, dass es über einen anderen Verbreitungsweg transportiert wird. Vgl. *Eberle*, C&R 1996, 193 (196); *ders.*, AfP 2008, 329 (331).

Durch die Brille des Gemeinschaftsrechts betrachtet, stellen sich die Online-Aktivitäten von ARD und ZDF als Sonderbehandlung eines Dienstleistungsunternehmens im medialen Wettbewerb dar. Kommission und Bundesregierung ringen mit Klauen und Zähnen darum, ob es sich bei den eingesetzten Gebühren um Beihilfen handelt³⁷. Das Protokoll zum Amsterdamer Vertrag³⁸ erkennt die kulturelle Aufgabenstellung des Rundfunks durchaus an. Es stellt die Rundfunkanstalten jedoch nicht generell von den Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts frei. Ihre Tätigkeiten müssen sich an den Art. 87 bis 89 EG messen lassen. Ob es sich um Beihilfen handelt, d.h. um aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen bestimmter Unternehmen, die den gemeinschaftlichen Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel unter den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, ist dabei in zweierlei Hinsicht problembeladen: hinsichtlich der Staatlichkeit der Mittel (unten 1.) sowie hinsichtlich des Begünstigungscharakters (unten 2.)³⁹.

1. Staatlichkeit der Mittel

Die Rundfunkgebühren fließen den Anstalten nicht aus dem staatlichen Haushalt zu. Sie sind das Produkt eines staatsfernen Festsetzungsverfahrens. Dieses liegt – in Respekt vor der verfassungsrechtlich abgesicherten Programmautonomie der Rundfunkanstalten – weitgehend in den Händen staatsfreier Gremien. Die Anstalten melden ihren Bedarf an. Die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs, kurz KEF, kontrolliert ihn. Die Bürger schulden die festgesetzten Gelder unmittelbar den Anstalten.

In den Augen vieler ist diese Verpflichtungsstruktur vergleichbar mit der Stromabnahmepflicht zu Mindestpreisen in der Sache PreußenElektra⁴⁰. Eine Beihilfe scheide daher aus⁴¹.

Diese Anleihe steht auf wackligen Füßen. Zwar geht es in beiden Fällen um Meritorik. Anders als dort bildet die Gebühr indes keine Gegenleistung für eine rechtsgeschäftliche Leistung. Sie wird unabhängig von der Inanspruchnahme des Rundfunkangebots auferlegt. Bereits bei

³⁷ Dazu etwa Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkmitteilung), ABl. EG Nr. C 320 vom 15.11.2001, S. 5 ff.; Beihilfekompromiss »Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland« vom 24.4.2007 K(2007) 1761 endg.

³⁸ ABl. EG Nr. C 340 vom 10.11.1997, S. 109.

³⁹ Dazu aus der umfangreichen Literatur insbesondere *Scheel*, Die staatliche Festsetzung der Rundfunkgebühr, 2007, S. 72 ff.; *Schipanski*, K&R 2006, 217 ff.; *Witt*, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Anstalten, 2007, S. 249 ff.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099.

⁴¹ In diesem Sinne etwa *Bartosch*, NVwZ 2001, 643 (644 f.); *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804 (805); *Eberle*, AfP 2001, 477 (480).

schlichtem Bereithalten des Geräts fällt sie an⁴². Das Gebührenfestsetzungsverfahren ist ferner zwar staatsfern, aber nicht staatsfrei: Die Landesparlamente setzen die Gebühr fest. Sie dürfen dabei durchaus, wenn auch nur in engen Grenzen, von den Vorschlägen der KEF abweichen⁴³. Die Gebühr belastet den staatlichen Haushalt auch zumindest mittelbar: Aus der Rundfunkfreiheit erwächst den Anstalten eine staatliche Finanzierungsgarantie. Fallen die Gebühren aus, muss der Staat aus dem allgemeinen Haushalt Gelder bereitstellen. Eine Insolvenz der Anstalten ist ausgeschlossen⁴⁴. Die Anstaltslast nimmt ihnen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit. Allen grundrechtsdogmatischen Feinsinns des nationalen Verfassungsrechts zum Trotz geht die Gebühreneinzahlung über ein schlichtes Verhältnis zwischen Privatpersonen hinaus. Sie ist staatlich zurechenbar. Die Gebühr wird durch staatlichen Akt auferlegt, staatlich garantiert und hoheitlich geltend gemacht⁴⁵.

2. Begünstigung

Ebenso intrikat wie die Frage nach der Staatlichkeit der Mittel ist diejenige nach dem Begünstigungscharakter der Gebührenzahlungen. Sie scheint nur vordergründig schnell beantwortet: Den Anstalten fließen frei Haus Gebühren zu. Mit ihrer Hilfe können sie Online-Aktivitäten anbieten, ohne sich dafür auf dem Markt finanzieren zu müssen. Damit verknüpft sich grundsätzlich ein finanzieller Vorteil. Anders stellt sich die Situation nur dar, wenn die in Anspruch genommenen Gebühren sich lediglich als Ausgleich für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entpuppen. Dann ist eine Beihilfe nach der Rechtsprechung des EuGH bereits tatbestandlich ausgeschlossen. Die Notifikationspflicht und das Ausführungsverbot samt ihrer disziplinierenden Wirkung entfallen. Systematisch treffender wäre diese Prüfung im Rahmen einer Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG verortet. Sie würde der systematischen Korrekturfunktion des Art. 86 Abs. 2 EG besser gerecht⁴⁶. Der EuGH demgegenüber legt im Anschluss an seine Entscheidung *Altmark Trans*⁴⁷

⁴² Vgl. auch EuGH (4. Kammer), Urt. v. 13.12.2007, NZBau 2008, 130 (133, Rdnr. 45). Nach seiner Auffassung kann es für das Merkmal der Finanzierung durch den Staat nicht darauf ankommen, ob die Finanzmittel den staatlichen Haushalt durchlaufen. Zustimmend etwa *Degenhart*, JZ 2008, 568 (570).

⁴³ § 7 Abs. 2 RFinStV; dazu BVerfGE 90, 60 (104); BVerfG, NVwZ 2007, 1287 (1291 ff.).

⁴⁴ Vgl. etwa § 1 Abs. 3 NDR-Staatsvertrag.

⁴⁵ Bei funktionaler Betrachtung kann es insbesondere keinen Unterschied machen, ob der Staat das Geld einzieht oder den Anstalten das Recht einräumt, die Gebühren selbst einzuziehen. Die Staaten hätten es sonst in der Hand, durch organisatorische Auslagerung der Einziehung die Beihilferegeln zu umgehen. In diesem Sinne wohl auch (wenn auch in vergaberechtlichem Kontext) EuGH (4. Kammer), Urt. v. 13.12.2007, NZBau 2008, 130 (133, Rdnr. 48); ebenso *Degenhart* (Fn. 42), 568 (570); *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (612); *Thum*, NVwZ 2007, 521 (524 f.).

⁴⁶ Vgl. dazu auch *Degenhart*, K&R 2008, 214 (218).

⁴⁷ EuGH, Rs. 280/00, Urt. v. 24.7.2003, NJW 2003, 2515, *Altmark Trans*.

die Hürden für eine Befreiung auf tatbestandlicher Ebene hoch. Vier Hürden gilt es zu überwinden: a) ein hinreichend präziser Betrauungsakt, b) objektive und transparente Parameter für die Berechnung des Ausgleichs, c) Nettokostendeckung und d) ein Kostenbenchmarking⁴⁸.

a) Hinreichend präziser Betrauungsakt

Namentlich die erste Voraussetzung, der Betrauungsakt, bildet für Online-Aktivitäten eine gefahrträchtige Stolperfalle. Aufgrund der besonderen Befindlichkeit des Rundfunks kann zwar auch eine breit gefasste Definition ausreichen⁴⁹. Die Kommission kann sie lediglich auf offensichtliche Fehler überprüfen. Das lässt sich dem Protokoll zum Amsterdamer Vertrag entnehmen. Es überlässt „die Festlegung und Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags“ den Mitgliedstaaten⁵⁰.

Der Auftrag muss aber hinreichend präzise gefasst sein, damit eine valide Kontrolle der Gemeinwirtschaftlichkeit auf ihre Vereinbarkeit mit dem Handels- und Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaft erfolgen kann. Maßgeblicher Prüfstein und Stellschraube ist § 11 Abs. 1 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrages. Er ermächtigt die öffentlich-rechtlichen Anstalten bislang, „programmbegleitend Telemedien mit programmbezogenem Inhalt“ anzubieten.

Dass er nur ermächtigt, nicht auch verpflichtet, steht seiner Präzision als solche (entgegen der Ansicht der Kommission⁵¹) noch nicht entgegen. Entscheidend ist, ob er sicherstellt, dass die Anstalten dann, wenn sie tätig werden, nur in gemeinwirtschaftlichen Bereichen handeln. Es darf keine carte blanche erteilt werden, Internet-Dienste aller Art nach gusto als Dienste von allgemeinem Interesse anzubieten. Die Dienste müssen der spezifischen Aufgabe des Rundfunks, d.h. den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen.

Nicht für alle programmbegleitend denkbaren Online-Angebote trifft dies indes selbstredend zu, so etwa für E-commerce-Leistungen; zumindest zweifelhaft ist dies auch für Kontaktbörsen oder Bewertungsportale. Der WDR betreibt etwa unter www.liebesalarm.de eine online-Kontaktbörse und die ARD-Jugendsender unter meinfritz.de eine Musik-Plattform. Der Markt stellt derartige Angebote in hinreichender Vielfalt zur Verfügung. Sie

⁴⁸ Vgl. dazu im Einzelnen *Ch. Koenig/Haratsch* (Fn. 41), 804 (805 ff.); *Thum* (Fn. 45), 521 (523).

⁴⁹ Rundfunkmitteilung (Fn. 37), Rdnr. 33.

⁵⁰ Vgl. Fn. 38; dazu auch EuG, Urt. v. 26.6.2008, Rs. T-442/03, Rdnr. 198 ff. (noch nicht veröffentlicht).

⁵¹ Beihilfekompromiss (Fn. 37), Rdnr. 247.

öffentlich-rechtlich anzubieten, droht die Entwicklung marktgerechter Telemediendienste zu ersticken und verlässt die auf Vielfaltsdefizite gestützte verfassungsrechtliche Rechtfertigung öffentlich-rechtlichen Wirkens im Internet. Ein Bedarf für ein öffentlich-rechtliches Angebot, das ein Vielfaltsdefizit kompensiert, lässt sich hier nicht erkennen.

Mit der Vielfalt der Betätigungsformen, die das Internet ermöglicht, muss eine entsprechende Präzision des zu erfüllenden Auftrags korrespondieren. Auch Selbstverpflichtungen der Rundfunkanstalten können hier aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive nicht ausreichen. Das Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse von Organisationen⁵² lässt für eine Selbstdefinition des Auftrags ohne hinreichende gesetzliche Steuerung grundsätzlich keinen Raum. Gemeinschaftsrechtlich geboten ist zumindest eine gesetzliche Vorstrukturierung der Entscheidungsmaßstäbe. Passgenauer Hebel ist insoweit nach dem oben⁵³ Herausgearbeiteten eine medienökonomische Evaluierung, die den gerade durch Defizite des Marktes begründeten publizistischen Mehrwert des öffentlich-rechtlichen Angebots darlegt. Diese lässt der gegenwärtige Rundfunkstaatsvertrag noch vermissen.

Die Länder arbeiten auf Druck der Kommission⁵⁴ an einer Präzisierung. Im Juni haben sie einen Arbeitsentwurf für einen 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgelegt⁵⁵, über den die Ministerpräsidenten Ende Oktober Beschluss gefasst haben. Im Dezember soll der Vertrag unterzeichnet werden und im Anschluss durch die Landesparlamente ratifiziert werden. Am 1. Mai 2009 soll er in Kraft treten⁵⁶. Der Entfaltungsradius von ARD und ZDF im Internet soll danach deutlich eingeschränkt werden. Zwar entfällt die bisherige Deckelung der Kosten für programmbegleitende Internetangebote auf 0,75 % des Budgets. Sendungen sollen aber nur sieben Tage nach Ausstrahlung⁵⁷ im Netz verfügbar bleiben. Sonstige Telemedienangebote sind grundsätzlich nur sendungsbezogen (nicht auch generell programmbezogen oder programmbegleitend) gestattet⁵⁸. Zahlreiche Angebote sind in einer

⁵² Vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1287 (1291); BVerfGE 87, 181 (200 ff.).

⁵³ Vgl. dazu oben II.1.

⁵⁴ Die Vorgaben des Beihilfekompromisses (Fn. 37) sind nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 der Verfahrensordnung Nr. 659/1999 über die Anwendung des Art. 93 EGV, wiewohl die Bundesrepublik weiterhin vom fehlenden Beihilfecharakter der Gebührenzahlungen ausgeht, für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich.

⁵⁵ Entwurf für einen Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Verträge vom 22.10.2008; abrufbar unter <http://www.stk.rlp.de> (im Folgenden RÄStV-E).

⁵⁶ Art. 7 Abs. 4 RÄStV-E (Fn. 55).

⁵⁷ Für die Übertragung von Sportereignissen und Spielfilmen gilt eine verkürzte Verweildauer von 24 Stunden, § 11d Abs. 2 Nr. 1 und 2 RÄStV-E (Fn. 55).

⁵⁸ § 11d Abs. 2 Nr. 3 RÄStV-E e contrario (Fn. 55).

Negativliste von dem Auftrag pauschal ausgenommen, etwa Tauschbörsen, Anzeigenportale, Routenplaner, Partner- oder Stellenbörsen⁵⁹.

Sendungsunabhängige Telemedienangebote sowie sendungsbezogene Angebote jenseits der Sperrfristen sind dadurch aber nicht generell ausgeschlossen. Sie sind an höhere Zulässigkeitshürden geknüpft⁶⁰, namentlich an einen dreistufigen Test, der den publizistischen Mehrwert des Angebots evaluiert. Er prüft, (1.) inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht, (2.) in welchem Umfang es in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und schließlich (3.) welcher finanzielle Aufwand mit ihm einhergeht⁶¹. Dritten ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben⁶² und gutachterliche Beratung zu den marktrelevanten Auswirkungen des geplanten Vorhabens einzuholen⁶³.

Der Test findet in dem Public-Value-Test der BBC⁶⁴ sein Vorbild, aber – entgegen verbreiteter Meinung – nicht auch seine Entsprechung. Der BBC-Test wird von einem staatlichen, nicht einem selbstverwaltenden Organ wahrgenommen. Anders der deutsche Drei-Stufen-Test: Er ist als internes Steuerungsinstrument der Strategieentwicklung konzipiert. Die Rundfunkräte als Kontrollorgane sollen ihn vornehmen⁶⁵. Ob sie die notwendige Distanz zu ihrem Sender aufbringen, muss dabei kritisch hinterfragt werden. Handelt es sich insoweit nicht nur um alten Wein in neuen Schläuchen? Das ist zu verneinen. Der Drei-Stufen-Test nimmt eine prozedurale Absicherung der Grenzen öffentlich-rechtlichen Wirkens vor. Er instrumentalisiert die Begründungslast und das Verfahren als Steuerungsressource der Auftragswahrnehmung.

Der Abgleich zwischen dem publizistischen Wettbewerbsumfeld und den erwünschten externen Effekten ist der richtige Weg, um die Rechtfertigung öffentlich-rechtlichen Wirkens zu evaluieren. Für die Beurteilung der Fragen kommt den binnenpluralen Organen auch die erforderliche Expertise zu. Indem der Drei-Stufen-Test das Tätigwerden der Anstalten über eine verfahrensrechtliche Absicherung steuert, bündigt er das Selbstbehauptungsinteresse

⁵⁹ § 11d Abs. 5 S. 4 i.V.m. Anlage »Negativliste öffentlich-rechtlicher Telemedien« zum RÄStV-E (Fn. 55).

⁶⁰ Zeitlich unbefristet sind dabei nur Angebote von Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten zulässig (§ 11 Abs. 2 Nr. 4 RÄStV-E); alle anderen Angebote sind zu befristen (§ 11d Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 RÄStV-E [Fn. 55]).

⁶¹ § 11f Abs. 3 S. 2 RÄStV-E (Fn. 55).

⁶² § 11f Abs. 4 S. 1 u. 2 RÄStV-E (Fn. 55).

⁶³ § 11f Abs. 4 S. 4 Hs. 2 RÄStV-E (Fn. 55).

⁶⁴ Vgl. zu ihm etwa *Meyer-Lucht/Gollatz*, Öffentlich-rechtliche Online Angebote der nächsten Generation, 2008, S. 27 ff.

⁶⁵ Das ergibt sich aus § 11f Abs. 3 RÄStV-E (Fn. 55). Die Vorschrift spricht – ein wenig verstohlen – von dem »zuständigen Gremium« der Rundfunkanstalt.

der Anstalten. Ob das aufwändige Verfahrensprozedere allerdings mit der Schnelligkeit des Verbreitungsmediums Internet und dem Bedürfnis der Fortschreibung aktueller Inhalte Schritt hält, darf bezweifelt werden. Klare Entscheidungsfristen und die gesetzliche Einräumung von Eilentscheidungskompetenzen sind hier anzumahnen. Die Kommission drängt zudem auf eine erhebliche „Stärkung der funktionalen Unabhängigkeit und personellen wie finanziellen Ausstattung der Rundfunkräte“, um ihre Rolle als unabhängiger Schiedsrichter zur wirksamen Kontrolle der Gemeinwirtschaftlichkeit gesichert zu wissen⁶⁶. Präzisierungsbedarf besteht m.E. auch hinsichtlich der Steuerung der Entscheidung. Soll der Test nicht zum Feigenblatt mit stiller Selbstermächtigungsoption der Rundfunkanstalten mutieren, sollte er im Interesse klarer Steuerungsvorgaben grundsätzlich auch eine Entscheidungsmaxime für das Verhältnis der Prüfungsstufen zueinander an die Hand geben, statt diese Frage dem gusto der Anstaltsorgane zu überantworten. Das lässt der gegenwärtige Entwurf noch vermissen.

b) Die weiteren Altmark-Kriterien, insbesondere das Verbot der Überkompensation

Mit einer klaren Auftragsdefinition nimmt das deutsche Recht eine wichtige beihilferechtliche Hürde. Eine beihilferechtliche Absolution ist ihm damit indes noch nicht zu erteilen. Vor allem das Verbot der Überkompensation setzt dem beihilferechtlichen Handlungsrahmen enge Grenzen.

Der Ausgleich darf nicht über die Nettokosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung hinausgehen⁶⁷. Sonst wächst den Anstalten ein wettbewerbsverzerrender Vorteil für die Bereiche zu, in denen sie in unmittelbarem Wettbewerb mit Verlagen oder anderen Anstalten tätig werden. Die Nettokostenberechnung erweist sich bei meritorischen Gütern aufgrund ihres Unikatscharakters freilich als schwierig. Es fehlt an geeigneten Vergleichsparametern, welche die Leistungen in Beziehung zu setzen vermögen. Leistungen privater Rundfunkveranstalter sind angesichts ihrer marktorientierten Mission per definitionem als Referenzmaßstab kaum geeignet⁶⁸. Es bleibt im Ergebnis nur die Möglichkeit einer analytischen Vergleichsberechnung. Die KEF nimmt eine solche vor. Sie erstreckt sich auch auf die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung.

⁶⁶ *Büchner*, Interview mit der Medienkommissarin *Reding*, BZ vom 12.11.2008; Entwurf für eine Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk v. 4.11.2008, Rdnr. 62 und 69; abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/reform.cfm (13.11.2008).

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. 280/00, Urt. v. 24.7.2003, NJW 2003, 2515, Rdnr. 92 - Altmark Trans.

⁶⁸ *Koenig/Haratsch* (Fn. 41), 804 (811).

Unabdingbar ist jedoch zugleich eine klare Abgrenzung kommerzieller und nicht kommerzieller Tätigkeiten. Hier bestehen gegenwärtig noch Defizite. So haben die Rundfunkanstalten für Verluste von Tochtergesellschaften einzustehen. Quersubventionierungen sind dabei nicht ausgeschlossen. Die KEF ist nicht in der Lage zu überprüfen, ob die Tochtergesellschaften von dem Sonderstatus der Anstalten profitiert haben. Auch hier wollen und müssen die Länder nachbessern. Sie werden die Rundfunkanstalten zu getrennter Buchführung und strikter Trennung kommerzieller und nichtkommerzieller Anstaltstätigkeiten verpflichten⁶⁹. Die Anstalten müssen – verkürzt ausgedrückt – ihre eigenen Unternehmen wie Fremdunternehmen behandeln. Mit den avisierten Änderungen wird das deutsche Recht dem beihilferechtlichen Anspruch gerecht.

III. Verfassungsrechtliche Würdigung der geplanten Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags

Scheint damit das Seeungeheuer Skylla umsegelt, droht möglicherweise von Charybdis, dem deutschen Verfassungsrecht, Ungemach. Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag muss sich zum einen vor der Autonomie der Rundfunkanstalten verantworten, zum anderen dem Schutz der Presse- und Berufsfreiheit der Konkurrenten genügen.

Die öffentlich-rechtlichen Fernsehsender strafen ihn im Vorfeld als »Morgenthau-Plan« und einen »Rückschritt in das medienpolitische Mittelalter« ab, der die öffentlich-rechtlichen Sender in medialer Bedeutungslosigkeit versinken lasse (unten 1.). Die Verlage demgegenüber sehen das verfassungsrechtlich umhegte Institut der freien Presse durch eine wild wuchernde öffentlich-rechtliche Konkurrenz liquidiert (unten 2.). Beide Vorwürfe tragen im Ergebnis nicht.

1. Vereinbarkeit mit der Programmfreiheit und der Bestands- und Entwicklungsgarantie der Anstalten

Die Rundfunkfreiheit gesteht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk Programmfreiheit und eine Entwicklungsgarantie zu⁷⁰. Er muss sich frei von staatlicher Einflussnahme entfalten können. Er muss auch für neue Verbreitungswege offen sein und sich den dynamischen Wandlungen der Nutzergewohnheiten anpassen können. Die inhaltliche Programmfreiheit schließt eine präzise Bestimmung des Auftrags indes nicht aus. Solange der Auftrag nicht bestimmte Inhalte, sondern Darbietungsformen diskriminiert, sind Auftragsbestimmung und Programmfreiheit voneinander trennbar.

⁶⁹ §§ 16a ff., insbesondere § 16a Abs. 1 S. 3 RÄStV-E (Fn. 55).

⁷⁰ Vgl. dazu etwa BVerfGE 74, 297 (350 f.); BVerfGE 83, 238 (298); BVerfG, NVwZ 2007, 1287 (1289).

Mit der Entwicklungsgarantie verbindet sich auch kein Anspruch auf umfassende, zeitungebundene Präsenz im Internet. Noch in der WDR-Entscheidung im Jahr 1991 hat das Verfassungsgericht judiziert: „Die Notwendigkeit einer Grundversorgung im Bereich der neuen Medien scheidet vorerst aus.“⁷¹ Die publizistische Relevanz der neuen Medien ist zwar seither sichtbar gewachsen. Ein Vielfaltdefizit gleichen Gewichts wie im klassischen Rundfunk besteht jedoch nicht. Es verletzt nicht die Rundfunkfreiheit, die öffentlich-rechtlichen Anstalten grundsätzlich auf sendungsbezogene Angebote im Internet zu begrenzen⁷² – jedenfalls, soweit für Vielfaltsdefizitbereiche des Internets ein flexibles Ausnahmeprozedere vorgesehen ist, wie es der Drei-Stufen-Test eröffnet⁷³. Dass dieses Schlupfloch nicht nur für den Bereich der Information, Bildung und Kultur, sondern (anders als zunächst geplant) grundsätzlich auch für Unterhaltung geöffnet sein soll, ist zu begrüßen. Die staatlichen Gerichte wären sonst in die Verlegenheit geraten, darüber zu richten, welcher Beitrag noch Kultur und welcher schon Unterhaltung ist. Wertungsneutral ist das schwerlich möglich und daher sub specie der Staatsfreiheit des Rundfunks problemträchtig.

2. Vereinbarkeit mit der Institutsgarantie der freien Presse

Einige sehen die Öffentlich-Rechtlichen durch den Drei-Stufen-Test umgekehrt noch nicht wirksam daran gehindert, zu weit in das grundrechtlich umhegte Tätigkeitsfeld der privaten Konkurrenten vorzudringen. Nur eine wirksame Außenkontrolle durch Dritte, nicht aber die Rundfunkräte als Organe der Anstalten könnten den gebotenen Schutz Dritter sicherstellen. Wenn das Verfassungsgericht für die Gebührenbedarfsanmeldung wegen des Selbstbehauptungsinteresses der Anstalten eine externe Kontrolle für erforderlich halte, könne für die Annexstätigkeit im Internet nichts anderes gelten⁷⁴.

Der Vergleich hinkt. Gebührenkontrolle und Programmentscheidung können nicht ohne weiteres über einen Leisten geschlagen werden. Den Gefahren des Ausweitungsinteresses kann auch auf andere Weise durch prozedurale Sicherungen Einhalt geboten werden, insbesondere Begründungsanforderungen, Einbeziehungen Dritter und höhere Entscheidungsquoren.

⁷¹ BVerfGE 83, 238 (302); vgl. auch BVerfGE 74, 297 (353).

⁷² Vgl. zur Zulässigkeit gesetzlicher Programmbeschränkungen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten auch BVerfGE 90, 60 (92); BVerfG, NVwZ 2007, 1287 (1290).

⁷³ Ebenso *Hahn*, ZRP 2008, 217 (218).

⁷⁴ In diesem Sinne *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Textdienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Rechtsgutachten im Auftrag der Stiftervereinigung der Presse, Leitsätze, S. 1; wohl auch *Ring*, AfP 2008, 342 (343).

Eine erste Sicherung zieht der Staatsvertrag durch ein solches hohes Mehrheits-Quorum, eine Zwei-Drittel-Hürde⁷⁵ - einen zweiten Sicherungsring dadurch, dass er presseähnliche Angebote von dem zulässigen Angebot ausnahmslos ausschließt, soweit sie sendungsunabhängig angeboten werden⁷⁶. Damit soll eine klare Demarkationslinie zwischen der Freiheit der Rundfunkanstalten und der Freiheit der Presse im Internet gezogen werden. Ob dies gelingt, darf indes bezweifelt werden. In einem dynamischen, auf die Verknüpfung unterschiedlicher Darstellungsformen ausgerichteten Medium verlieren vormals leistungsfähige begriffliche Abgrenzungen zwischen Presse und Rundfunk ihre Unterscheidungskraft. Ist etwa ein Beitrag schon dann nicht presseähnlich, wenn er zusätzlich um einen oder zwei Audiobeiträge angereichert wird? Anstelle begrifflicher Abgrenzung scheint eine stärkere prozedurale Absicherung des publizistischen Mehrwertes und der Prüfung struktureller ökonomischer Defizite durch Einbeziehung derartiger Angebote in den Drei-Stufen-Test (unter ggf. qualifizierten Rechtfertigungsanforderungen) weiterführend.

Einen originären Wettbewerbsschutz der privaten Presse erkennt das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus nicht an. Es hat zwar wiederholt judiziert, es gebe zwar einen »Anspruch auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb«⁷⁷. Die staatliche Neutralitätspflicht sei aber allein auf die Funktionsbedingungen des Prozesses freier Meinungsbildung zu beziehen, nicht auf die Verhältnisse des ökonomischen Marktes. Marktchancen (d.h. wirtschaftliche Aspekte) könnten eine Frage wirtschaftlicher Freiheit, nicht aber der Meinungsfreiheit sein⁷⁸.

V. Fazit

Wenn sich die Medien ändern, ändert sich die Gesellschaft. Die Medien müssen sich umgekehrt veränderten Nutzergewohnheiten anpassen dürfen. Das gilt auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Ein qualitativ hochwertiger Rundfunk ist Katalysator und Preis der Demokratie. Er hat eine Chamäleon-Struktur: Einerseits ist er Teil der kulturellen

⁷⁵ § 11f Abs. 5 S. 1 RÄStV-E (Fn. 55).

⁷⁶ § 11d Abs. 2 Nr. 3 Hs. 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 19 RÄStV-E (Fn. 55) Presseähnlich sind danach »nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen«. Da Zeitungen und Zeitschriften sich von Rundfunkangeboten primär durch ihren Charakter als Lesemedium unterscheiden, ist für die Abgrenzung danach maßgeblich darauf abzustellen, ob redaktionelle Internetangebote die unkörperliche mediale Darstellung und Kombination von Text und Bild in einer Weise vornehmen, die auf die besonderen Kennzeichen von Rundfunk als einem entlang einem Sendeplan ablaufenden Angebot verzichten.

⁷⁷ BVerfGE 80, 124 (133 ff.).

⁷⁸ BVerfGE 74, 297 (335); vgl. dazu auch *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, S. 31 ff.

Identität und der öffentlichen Meinungsbildung. Andererseits muss er unter dem Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auch als wirtschaftlicher Sachverhalt begriffen werden. Beides ist nicht unvereinbar. Gemeinschafts- und Verfassungsrecht lassen ausreichend Raum, die antagonistischen Zielsetzungen kompatibel zu machen. Ein konsequenter, aber auch radikaler Lösungsansatz bestünde darin, ARD und ZDF den Zugriff auf Werbeeinnahmen (um den Preis einer Gebührenaufstockung) generell zu verwehren⁷⁹. Dies wäre verfassungsrechtlich zulässig, würde die Gefahr wechselseitiger Kannibalisierung von Presse und Rundfunk im Internet aber nicht abschließend beseitigen.

Der Balanceakt, den der Entwurf des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages versucht, darf grosso modo als gelungen gelten. Er hegt die Ambitionen der öffentlich-rechtlichen Anstalten ein, ohne ihre Funktionsgarantie zu missachten oder die Anliegen des Gemeinschaftsrechts bzw. der Pressefreiheit unterzupflügen. Ein Friedensschluss zwischen den Beteiligten ist damit freilich, glaubt man *Ludwig Erhard*, noch nicht garantiert: Ein politischer Kompromiss entstehe noch nicht, wenn ein Kuchen gerecht geteilt wird – vielmehr dann, wenn jede Seite meint, sie habe das größte Stück bekommen.

⁷⁹ Für das Internet gilt dies bereits de lege lata. Dies alleine schließt eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Anbietern aber nicht aus. Denn sie konkurrieren um die Aufmerksamkeit der Nutzer und stehen auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. A.A. *Eberle*, AfP 2008, 329 (332).